

la Cour de justice, notamment au regard des exigences découlant du principe de proportionnalité, confirme rétrospectivement que la ligne de partage entre les règles de la PAC et de la concurrence, loin d'être simple à appréhender, en particulier par les entités en cause, laissait place à un doute raisonnable et légitime sur le caractère illicite des pratiques au regard des règles de concurrence. Selon elle, cette circonstance est de nature à atténuer, de manière significative, la gravité des pratiques, nonobstant leur caractère anticoncurrentiel par objet (§ 655). Les incertitudes du cadre normatif applicable au cas présent ainsi que la faible importance du dommage à l'économie et les circonstances propres à chaque entité amènent ainsi la Cour à presque diviser par trois le montant total des amendes infligées par l'autorité, qui passent ainsi de 3 970 590 à 1 459 927 d'euros.

L. Bettoni

## Points de vue pratiques

Trib. com. Paris, 6 juillet 2021, n° 2016064825

**Contrepartie : de la convergence d'analyse de l'avantage sans contrepartie et du déséquilibre significatif**

**Faits.** Jusqu'en janvier 2012, le secteur du bricolage bénéficiait d'un régime dérogatoire aux dispositions de la loi LME en matière de délai de paiement. L'alignement sur le droit commun s'est traduit par un raccourcissement des délais de paiement des fournisseurs, ce qui a augmenté les besoins en fond de roulement des magasins et généré des problèmes de trésorerie pour ces derniers. Afin de faciliter le règlement des factures dans les délais légaux de droit commun, MR BRICOLAGE a alors mis en place un système d'affacturage inversé avec une banque allemande (DZB Bank). Le dispositif a donné lieu à des conventions entre MR BRICOLAGE, les magasins de l'enseigne, les fournisseurs ayant adhéré au système, et DZB Bank. L'adhésion au dispositif DZB Bank donnait le droit au fournisseur d'être payé dans un délai de 10 à 20 jours date d'émission de sa facture, au lieu du paiement légal à 45 jours fin de mois, soit un raccourcissement des délais de paiement d'au maximum 50 jours (soit 60j moins 10j). Le fournisseur s'obligeait à appliquer un taux d'escompte de 1,4% du montant HT de sa facture ainsi qu'à payer une commission de ducroire et de paiement centralisée de 1,4% du montant TTC de ladite facture. Ces droits et obligations étaient prévus dans le contrat annuel de référencement conclu entre le fournisseur et MR BRICOLAGE, même s'ils n'y étaient pas détaillés du fait d'un renvoi, au détour d'un de ses paragraphes, au contrat conclu avec la banque. A l'issue d'une enquête menée fin 2013 et sur 2014, le Ministre de l'Economie a estimé que MR BRICOLAGE avait soumis ou tenté de soumettre les fournisseurs à adhérer à ce système d'affacturage inversé, adhésion qui, selon le Ministre, créait un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au profit de MR BRICOLAGE et de ses adhérents et au détriment des fournisseurs. Le Ministre a saisi le Tribunal de Commerce de Paris., en fondant ses demandes notamment sur les deux dispositifs du Code de commerce essentiels de lutte contre les avantages abusifs soit, en l'espèce, au principal pour l'un (L. 442-6 I 2°) et au subsidiaire pour l'autre (L. 442-6 I 1°).

**Problèmes et solutions.** Certains problèmes ont spécifiquement trait à l'examen des faits sur le fondement de l'article L. 442-6 I 2° en matière de déséquilibre significatif. Nous retiendrons par exemple celui de l'applicabilité de l'article L. 442-6 I 2° y compris en cas d'intervention d'un établissement financier tiers pour mettre en œuvre la pratique litigieuse, « aucune distinction n'étant faite par le texte du code de commerce », « l'équilibre des droits et obligations des parties pouvant être modifié par des pratiques non prévues dans la convention écrite ». Pointons aussi celui de la caractérisation de la soumission tirée de l'absence de négociation effective, moyennant une analyse par indices : indice structurel d'abord, au regard de la position du distributeur sur son marché (10%) et dont « la force commerciale est de toute évidence supérieure à celle d'un nombre important de fournisseurs » ; indice comportemental ensuite, au vu des circonstances de l'adhésion - bien que non obligatoire en soi - au mécanisme de paiement proposé, « au moment des négociations annuelles de référencement (...) c'est-à-dire à un moment où le fournisseur est vulnérable », sur la base d'auditions menées auprès d'un échantillon de fournisseurs entendus lors de l'enquête. Au plan indiciaire, nous relevons que si le Tribunal ne manque pas de rappeler que les intentions du législateur ont été de sanctionner « non pas tant un résultat, à savoir le déséquilibre en tant que tel, qu'un comportement, c'est-à-dire la soumission ou la tentative de soumission à

ce déséquilibre et qu'il en résulte qu'il ne peut s'inférer du seul contenu de clauses dont l'analyse conduirait à conclure à un déséquilibre, la caractérisation de la soumission », la charge financière constatée pour le fournisseur, facteur d'un déséquilibre supporté par ce dernier du fait des obligations proposées, permet de conclure qu'il ne pouvait y souscrire que s'il y était contraint. La soumission se déduit alors en partie du déséquilibre du montage (« Attendu que la plupart des fournisseurs ont expliqué au cours des entretiens réalisés par le Ministre que le dispositif DZB était inutilement coûteux et donc financièrement pénalisant, le coût du dispositif étant sans commune mesure avec l'avantage procuré par le raccourcissement du délai de paiement de 45 jours fin de mois à 10-20 jours ; qu'il en résulte qu'un fournisseur ne souscrirait à un tel montage s'il ne subissait pas de fortes pressions le conduisant à se sentir obligé d'adhérer »). En pareilles circonstances, le résultat de la soumission a pu alors aussi compter au nombre des éléments de sa caractérisation. Enfin et lorsqu'il est question de s'intéresser à l'éventuel rééquilibrage du déséquilibre une fois ce dernier identifié, l'avantage concurrentiel qui, selon le distributeur, peut permettre au fournisseur qui adhère au dispositif d'augmenter son chiffre d'affaires, ne constitue pas un facteur d'un tel rééquilibrage. D'une part à raison de ce que cet éventuel avantage, qui ne se traduit pas par une obligation contractuelle du distributeur, n'est pas une contrepartie contractuelle. Un avantage de fait et incident, même réel, n'est donc pas un facteur de rééquilibrage. Le Tribunal indique notamment qu'« à s'interroger sur la valeur d'une contrepartie non contractuelle, hypothétique et vraisemblablement non durable, le tribunal ne peut que répondre que cette valeur est indéfinissable et ne peut donc pas être prise en considération pour examiner si le déséquilibre créé par le dispositif DZB est rééquilibré ; », et d'en conclure que « Attendu que MR BRICOLAGE ne fait valoir aucune clause du contrat de référencement qui aurait été négociée avec les fournisseurs en contrepartie du dispositif DZB ».

Mais outre les sujets précités à l'aune de l'article L. 442-6 I 2°, le jugement invite selon nous à y voir une convergence dans l'examen de ces déséquilibres issus de la négociation commerciale, qu'il soit conduit sur le fondement de l'article L. 442-6 I 2°, à ce jour L. 442-1 2° (déséquilibre significatif) ou L. 442-6 I 1°, à ce jour L. 442-1 1° (avantage sans contrepartie ou disproportionné).

**Observations.** Une telle convergence n'a de notre point de vue rien de véritablement étonnant lorsqu'il est question de s'intéresser aux contreparties. Si chacune des pratiques précitées répond à une définition qui lui est spécifique – et l'on pense notamment à la soumission ou la tentative de soumission propre au délit civil de déséquilibre significatif – les deux dispositifs ont une communauté d'objectif à savoir lutter contre les avantages abusifs lors des négociations commerciales, soit en tant que tels (art. L. 442-6 I 1°), soit en tant que résultats de droits et obligations soustrait à une réelle négociation du fait de l'existence d'une soumission ou d'une tentative de soumission. Les mêmes faits peuvent d'ailleurs être poursuivis, cumulativement, sur divers fondements de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce (Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187, Lettre distrib. 06/2018 ou RLC n° 74, juillet-août 2018, nos obs). Comme déjà relevé, le Ministre fonde d'ailleurs entre autres ses demandes sur les deux dispositifs, au principal pour l'un et au subsidiaire pour l'autre.

Tout en respectant la lettre de l'article L. 442-6 I 2°, cette convergence s'illustre dans les passages du jugement consacrés à l'analyse du déséquilibre en lui-même et à son éventuel rééquilibrage par des contreparties (« Attendu que le tribunal examinera si les droits et obligations des fournisseurs et de MR BRICOLAGE relatifs au paiement dans le cadre du système centralisé DZB Bank créent un déséquilibre significatif entre les parties, et si le déséquilibre éventuel est rééquilibré par des contreparties ; ». Rapp. Com., 25 janv. 2017, n° 15-23547 : Lettre distrib. 02/2017, N.E ; Paris, 1<sup>er</sup> juillet 2015, n° 13/19251 : Lettre distrib. 07-08/2015, nos obs. ; T. Com. Paris, 24 sept. 2013 : Lettre distrib. 11/2013 ; Paris, 12 juin 2019, n° 18/20323, Lettre distrib. 07-08/2019, S.C. ; Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187, préc.). Pour rappel, le sujet de l'existence de la contrepartie est de longue date au cœur du dispositif de l'article L. 442-6 I 1° et se retrouve de plus fort dans l'article L. 442-1 I 1° issu de l'ordonnance du 24 avril 2019. La convergence se loge aussi dans l'examen de la valeur de la contrepartie et de son coût, tout comme dans celui de l'utilité du service examiné. A titre d'exemple sur la valeur, le Tribunal se livre à une approche comparative de cette valeur à propos du taux d'escompte litigieux (« le taux d'escompte prévu dans les contrats de référencement conclus entre le fournisseur et MR BRICOLAGE est donc beaucoup plus coûteux que le recours à l'escompte bancaire, beaucoup plus coûteux que les découverts bancaires, et souvent plus coûteux que les taux d'escompte proposés par les fournisseurs proposant l'escompte dans leurs propres conditions »). De même et s'agissant du coût de la commission de paiement centralisée, le Tribunal estime que « payer de l'ordre de 0,7% du montant des factures pour avoir un interlocuteur unique pour tout

# Points de vue pratiques

avantage est à l'évidence bien coûteux ; ». De même et sous le prisme de l'utilité du service, que l'on rencontre dans certaines affaires jugées sur le fondement de l'article L. 442-6 I 1° ancien (rappr. Paris, 2 févr. 2012, et Com., 10 sept. 2013, n° 12-21804, qui relève « *Le décalage entre les données fournies et ce dont auraient besoin les fournisseurs pour que le service soit véritablement utile* ».), le Tribunal considère que la garantie apportée au fournisseur en contrepartie de la commission de ducroire est en l'espèce « *d'une utilité discutable* ». De cette critique peut être rapprochée celle tenant, en l'espèce, à l'intérêt contestable pour certains fournisseurs du service de paiement centralisé au regard du caractère « *particulièrement lourd du fait de procédures administratives et comptables spécifiques à respecter* ».

Cette affaire récente, comme d'autres qui l'ont précédé, fait donc ressortir un grand nombre de points communs au niveau de l'analyse par les juges des déséquilibres issus de la négociation commerciale, en sorte que les solutions issues de contentieux menés sur le fondement de l'un ou l'autre des textes précités peuvent effectivement documenter les débats dans le cadre de contentieux menés sur le fondement alternatif ou cumulatif de ces textes.

J-M. Vertut

CA Grenoble, 21 juillet 2021, n° 19/02768

## Intermédiation en vallée du Rhône : d'une rive à l'autre, un millésime en faveur de l'agent !

La Cave de Tain l'Hermitage commercialise ses vins sous AOC Saint-Joseph (rive droite) et Crozes-Hermitage (rive gauche) par l'intermédiaire d'un agent commercial. Un contrat a été conclu à cet effet, complété par un acte de cession au titre duquel l'agent a acquis la « *carte d'agent commercial* » à son mandant. Après quatre années de relations contractuelles, le mandant souhaite reprendre certains clients en direct et remettre en cause l'exclusivité. L'agent refuse les conditions qui lui sont proposées. Prenant acte de ces divergences, le mandant rompt le contrat sans faute et règle une indemnité de fin de contrat dont il fixe le montant conformément à une clause prévue à cet effet. L'agent conteste cette évaluation et saisit le tribunal compétent.

**Problème n°1.** En appel, et après avoir obtenu gain de cause en première instance, le mandant soutient classiquement que le statut d'agent ne s'applique pas – peu important les termes du contrat – dès lors que l'agent ne disposait pas du pouvoir de négocier les prix des vins.

**Solution.** La Cour apporte une réponse en deux temps. D'abord – suivant ainsi le mandant – il est classiquement rappelé que l'application du statut ne dépend ni de la volonté des parties exprimées dans le contrat, ni de la dénomination de la convention. Ici, le titre du contrat (« *contrat d'agent commercial* ») ainsi que l'application par les parties du statut, ne sont donc pas retenus comme critères de qualification. Seules les conditions dans lesquelles l'activité est effectivement exercée importent. L'analyse factuelle, dans un second temps, s'intéresse à la possibilité pour l'agent de prendre les commandes pour le compte du mandant – aux conditions tarifaires déterminées par ce dernier – et à assurer toutes les opérations de développement et d'animation de la clientèle. Quant à la négociation des tarifs, il est relevé que l'agent « *nonobstant les clauses du contrat, disposait d'un réel pouvoir de négociation sur ce point avec les clients (remises, tarifs exceptionnels etc.)* ». Ce faisant, « *il n'est pas contestable [...] (que l'agent) [...] dispose du pouvoir de conclure des contrats pour le compte du mandant, les ventes ainsi conclues produisant leurs effets juridiques entre le client et le mandant* ». Le statut d'agent commercial est donc applicable.

**Observation.** Difficile d'établir un lien précis entre cette décision et celle de la CJUE du 4 juin 2020 relative au pouvoir de négociation. La Cour croit en effet déceler un pouvoir de négociation des prix tout en précisant que « *le texte n'exige pas un pouvoir complet de négociation (terme non défini dans l'article susvisé) et que le terme négociation ne se limite pas à la fixation d'un tarif* ». Surtout, elle identifie parmi les missions confiées à l'agent, le pouvoir de conclure des contrats de vente au nom du mandant. Autrement dit, la condition légale de « *négociation et, éventuellement, de conclure des contrats* » est ici justifiée. Pouvoir de contracter généralement écarté par une clause laissant au mandant le pouvoir d'accepter ou de refuser les commandes et donc de consentir à la formation du contrat. Telle était la situation en l'espèce mais dans des « *cas très spécifiques justifiant les refus* » de telle sorte que ce pouvoir n'était pas remis en cause. L'agent était donc un véritable mandataire disposant du pouvoir de réaliser des actes juridiques.

**Problème n°2.** Le mandant soutenait que la méthode fixée au contrat pour déterminer le montant de l'indemnité devait s'appliquer. La clause stipulait à cet effet : « *dans tous les cas où cette indemnité serait due, sa méthode de calcul se fonderait sur deux années de commissions nettes basées sur la moyenne des trois dernières années de commissions*

*nettes précédant la rupture du présent contrat calculées d'une part sur le chiffre d'affaires réalisé auprès de la clientèle nouvellement créée par l'agent et, d'autre part, sur l'augmentation du chiffre d'affaires réalisé auprès de la clientèle existante du mandant, tel que défini à l'article 4 du contrat. L'augmentation du chiffre d'affaires se définit comme étant la différence entre le chiffre d'affaires de l'année se terminant le 31 décembre 2010 et le chiffre d'affaires de l'année se terminant à la date de rupture du présent contrat* ».

**Solution.** Cette clause est écartée au motif que l'indemnité doit correspondre à deux années de commissions calculées sur la moyenne des trois dernières années. Or, pour ce faire, il doit « *être tenu compte de tous les éléments de la rémunération de l'agent pendant l'exécution du contrat sans distinguer s'ils proviennent de clients préexistants ou de clients apportés par l'agent* ».

**Observation** – La solution est là aussi classique. Les parties ne peuvent en effet déroger au détriment de l'agent à la réparation intégrale de son préjudice (combinaison des articles L. 134-12 et L. 134-16 C. com). En revanche, si cette clause est favorable à l'agent, elle doit pouvoir être appliquée. Ici, l'indemnité était contractuellement fixée à « *deux années de commissions nettes basées sur la moyenne des trois dernières années de commissions nettes précédant la rupture du présent contrat* ». A ce stade, la clause n'est pas forcément « *défavorable à l'agent* » et donc nulle. En effet, la relation contractuelle n'a duré que quatre ans ce qui, pour une jurisprudence fournie, incite à écarter la pratique prétorienne des deux années de commissions (ici adoptée par la Cour, sans autre analyse) et à limiter cette dernière à une année de commissions. C'est en revanche l'assiette contractuelle de l'indemnité qui pose difficultés. Toutes les commissions perçues par l'agent ne sont pas en effet retenues mais uniquement celles relatives à la « *clientèle nouvellement créée* » voire à « *l'augmentation du chiffre d'affaires réalisé* » auprès des clients existants. La logique commerciale et économique d'une telle clause se heurte en effet au choix du législateur français qui a consacré une indemnité en réparation du préjudice que cause pour l'agent la cessation de ses relations avec le mandant (art. 17.3 Directive 86/653/CEE) et a écarté l'indemnité de clientèle (art. 17.2). Le terrain de l'indemnisation instable reste celui de l'exécution du contrat et, le cas échéant, de la faute, pour traiter contractuellement ces sujets (développements de clients nouveaux et du chiffre existant). Voir celui, à la formation, de la valorisation du fichier clients existants.

**Problème n°3.** La Cave de Tain l'Hermitage soutenait enfin que devait être déduite de cette indemnité la rémunération due par l'agent au titre de la mise à disposition d'un fichier de clientèle par le mandant.

**Solution** – La Cour écarte cette demande dès lors que le mandant ne fournit aucune « *référence sérieuse d'une décision en ce sens* ». Et d'ajouter que « *l'agent payerait dans ce cas deux fois la carte, de sorte que cette allégation est inopérante* ».

**Observation.** Si les arguments du mandant étaient effectivement non étayés (ce que l'arrêt ne précise pas), l'on comprend qu'ils aient été jugés peu sérieux et contradictoires. Un travail de clarification de la Cour aurait néanmoins été appréciable. D'abord, en rappelant que la pratique de la « *cession de la carte par le mandant à l'agent* » est à proscrire dès lors qu'elle ne paraît pas justifiée juridiquement et qu'elle vise à minorer l'indemnité éventuellement à venir. De même, le prix de cette acquisition aurait pu être pris en compte pour déterminer le préjudice subi par l'agent et fixer le montant de l'indemnité. Ensuite, en précisant que faire payer à l'agent le prix de la mise à disposition du fichier clients existants ne se heurte pas aux mêmes obstacles. Cette obligation a en effet « *pour cause la mise à disposition de l'agent par la mandante d'un fichier de clientèle et lui assure un revenu sur cette clientèle que cette société n'a pas eu à rechercher* ». Ce faisant, cette clause n'a pas « *pour objet illicite de limiter le montant de l'indemnité de cessation* » (Com., 21 févr. 2012 n° 11-13.395 et 11-14.974 ; puis Aix-en-Provence, 5 sept. 2012 n° 11/03433 ; Lyon, 12 févr. 2015, n° 13/00364). Mais la Cour a apparemment préféré écarter le plaisir de cette dégustation infligée au mandant.

A. Louvet

ADLC, 24 juin 2021, Décision n° 21-D-14

## Les prix conseillés, appliqués mais non surveillés sont licites

**Faits.** Les services d'instructions reprochaient à la société Kärcher SAS (ci-après, « *Kärcher* ») d'avoir mis en œuvre, entre 2009 et 2011, des pratiques visant à imposer des prix de revente à l'ensemble de ses distributeurs. Il a été constaté que Kärcher communiquait à ses distributeurs des prix de revente dits « *conseillés* », via la diffusion de tarifs annuels et par le biais d'échanges bilatéraux. Les pratiques relevées par les services d'instruction au titre de l'invitation de Kärcher au respect des prix conseillés s'appuyaient notamment sur :